Das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität Breslau

vorgelegt von

Georg Bartsch,
Referendar in Polkwitz.

Liegnitz 1905.
Druck von Carl Seyffarth.

Das Rücktrittsrecht
wegen positiver Vertragsverletzungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität Breslau

vorgelegt von

Georg Bartsch,

Referendar in Polkwitz.

Liegnitz 1905.

Druck von Carl Seyffarth.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Jörs.**

Korreferent: Professor **Dr. Leonhard.**

Dahn, Dek.

Meinen Eltern.

Literatur.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 1901.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 1868.
Bechmann, Der Kauf, 1876, I. Teil.
Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht, im Archiv für die zivilistische Praxis, 1901, S. 73 ff.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1879, II. Bd., 1. Abt.
Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1901.
Crome, System des bürgerlichen Rechts, 1902, II. Bd., 1. Hälfte.
Dahn, Deutsches Privatrecht, Grundriß, 1878, 1. Abt.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1899, I. und II. Bd.
Dernburg, Pandekten, 1903, II. Bd.
Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, in der Deutschen Juristen-Zeitung, 1903, S. 1 ff.
Dreyer, Über die Folgen des Verzugs in Erfüllung einer Rate bei einem einheitlichen in Raten zu erfüllenden Lieferungsgeschäft, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 1893, S. 199 ff.
Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 1904, III. Bd., 1. und 2. Lieferung.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1902, Lieferung 2.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1902, I. Bd., 3. Teil.
Engelmann, Das bürgerliche Recht, 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 52 (1901), 53 (1902) und 54 (1903).

Entscheidung des Reichsgerichts, II. Zivil-Senat, vom 23. Februar 1904, abgedruckt in der Deutschen Juristen-Zeitung, 9. Jahrgang, 1904, S. 342 ff.

Fiebach, Paul, Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Inaugural-Dissertation, Breslau, 1904.

Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 1896, I. Bd.

Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1904, Bd. I, Heft 5.

Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1900, I. Bd., 2. Abt.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, 1887.

Hachenburg, Der 54. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, in der Deutschen Juristen-Zeitung, 1903, S. 436 ff.

Hartmann, Die Obligation, 1875.

Hoffmann, Paul Gerhard, Inwieweit kennt das bürgerliche Gesetzbuch ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage?, Inaugural-Dissertation, Greifswald, 1900.

Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, 1893.

Jörs, Das römische Recht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901, S. 71 ff.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, 1901, III. Bd.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, in der Deutschen Juristen-Zeitung, 1903, S. 253 ff.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Jherings Jahrbüchern, 1901, S. 105 ff.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904, 1. Hälfte.
Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, im Archiv für die zivilistische Praxis, 1904, S. 60 ff.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.
Littmann, Ismar, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Rostock, 1902.
Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876.
Mommsen, Friedrich, Beiträge zum Obligationenrecht, Abt. 1, Die Unmöglichkeit der Leistung, 1853.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888, Bd. II.
Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadensersatz neben Wandelung noch gefordert werden? in „Das Recht", 6. Jahrgang, 1902, S. 541 ff. und 576 ff.
Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht, 1904, 5. Liefer.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1903, I. Bd.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1904, I. Bd.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, in dem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche von Biermann, Frommhold, Gareis, Hubrich, Niedner und Oertmann, 1899.
Paasche, Erich, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, Inaugural-Dissertation, Freiburg, 1903.
Pernice, Labeo, 1895, II. Bd., 2. Abt., und 1900, II. Bd., Abt. II. I.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1900, II. Bd.

Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter, 1896.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1903, Bd. II.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem B. G. B., in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrgang, 1902, 1. Heft, S. 1 ff.
Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1900, II. Bd., 1. Hälfte.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1902.
Schüler, Erich, Das Rücktrittsrecht wegen mora solvendi, Inaugural-Dissertation, Greifswald, 1903.
Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe eines B. G. B., 1889.
Sickel, Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland, 1876.
Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie, 1873.
Staffel, Zur Erläuterung der §§ 325, 326 B. G. B., im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92, 1902.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1900, II. Bd.
Steinhauer, Karl, Die Entwickelung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen im römisch-gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Rostock, 1903.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1898, III. Bd.
Stobbe, Reurecht und Vertragsschluß nach älterem deutschen Recht, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. XIII, S. 209 ff.

Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855, III. Die Haftung für den Zufall in Vertragsverhältnissen.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.

Treitel, Richard, Sind die Vorschriften des B. G. B. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen?, Inaugural-Dissertation, Rostock, 1902.

Türcke, Robert, Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumnis von der andern Seite, Inaugural-Dissertation, Göttingen, 1891.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, 1. Jahrgang, 1903.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, 1901.

Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandlungsrechts, in „Das Recht", 6. Jahrgang, 1902, S. 476 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891, II Bd.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, I. und II. Bd.

Winter, Über das Recht zur Wandelung oder zum Rücktritte bei Sukzessivlieferungsverträgen, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 1904, S. 193 ff.

Inhalt.

Einleitung.

Im September 1902 veröffentlichte Hermann Staub in der Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag (dargebracht von der Verlagsbuchhandlung J. Guttentag) eine Abhandlung unter dem Titel „Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen." Diese Schrift, von Staub 1904 erweitert und unter dem Titel „Die positiven Vertragsverletzungen" neu herausgegeben, bildet die Grundlage aller seitdem erschienenen Abhandlungen über die positiven Vertragsverletzungen und so auch dieser Arbeit.

Wie unser Thema besagt, handelt es sich für uns um die Frage, ob dadurch, daß bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil durch positive Handlungen den Vertrag verletzt, ein Rücktrittsrecht für den andern Teil begründet wird. Die Frage, welche Rechtsfolgen eine solche positive Vertragsverletzung sonst noch haben kann, liegt also außerhalb des zu behandelnden Gebietes. Trotzdem wäre es m. E. mit einer erschöpfenden Behandlung des Themas unvereinbar, wollten wir in dem geschichtlichen Teile der Abhandlung, wo wir hier oder da sofort finden werden, daß ein Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist, nicht wenigstens kurz zusehen, wie dann wohl die Fälle der positiven Vertragsverletzungen nach dem älteren Rechte zu behandeln waren.

Von Definitionen ist nur eine solche des Begriffes der positiven Vertragsverletzung zu geben; Erörterungen über das Wesen des Rücktrittsrechts liegen außer dem Rahmen der Arbeit.

Unter einer positiven Vertragsverletzung verstehen wir das schuldhafte Zuwiderhandeln gegen eine vertragsmäßige Verbindlichkeit durch positives Tun.

Es werden dadurch folgende beiden Fälle umfaßt:

1. **Es tut jemand, was er unterlassen soll, d. h. er** handelt einer im Vertrage ausgesprochenen oder aus dem Zwecke des Vertrages sich ergebenden Unterlassungspflicht zuwider. Eine solche Unterlassungspflicht wird durch den Vertragsschluß jeder Partei bezüglich aller Handlungen auferlegt, die mit der ihr obliegenden Verpflichtung, den Vertrag ordnungsmäßig zu erfüllen, in Widerspruch stehen. Hierunter fällt namentlich auch der Fall der Zerstörung oder **Beschädigung einer zu leistenden Sache.**
2. Es erfüllt jemand mangelhaft, d. h. er bewirkt zwar die ihm nach dem Vertrage obliegende positive Leistung, **aber mangelhaft.**

I. Geschichtlicher Teil.

1. Deutsches Recht.

Nach deutschem Recht begründete zwar das formlose Versprechen eine Schuld; aber es mußte eine Form dazutreten, um eine Haftung für die Schuld und ihre Erzwingbarkeit zu begründen[1]). Sehen wir von der Begründung einer Haftung durch das Treugelöbnis, verbunden mit Pfand- und Bürgensetzung, (die „wadiatio" oder „Wette", die fränkische „fides facta", das sächsische „Geloben")[2]) ab, so finden wir, daß stets mit dem gehaftet wird, was von der andern Seite geleistet ist[3]). Diese Haftung wurde dann auch an eine bloß teilweise Vorleistung geknüpft. So entstand die arrha[4]), die für uns hier insofern von Interesse ist, als nach vielen Stadtrechten beide Vertragsteile das Recht hatten, gegen Verlust der arrha den Vertrag aufzulösen[5]). Dieses Reurecht stand

[1]) Gierke, S. 524, Amira, S. 136, Brunner, S. 180. Vgl. Puntschart, S. 280 ff.!

[2]) Gierke, S. 524, Huber, Bd. IV, S. 831 und 842, Heusler, Bd. II, S. 237 ff. und 247 ff., Puntschart, S. 1—16, Schröder, S. 290 ff. und 730, Brunner, S. 180. Vgl. die ausführliche Abhandlung bei Puntschart, S. 288 ff.!

[3]) Gierke, S. 525.

[4]) Gierke, S. 525; Huber, Bd. IV, S. 833; Heusler, Bd. II, S. 254 und 256/257; Schröder, S. 730, Brunner, S. 180. Vgl. Heusler, Bd. I, S. 80 ff. und Bd. II, S. 253 f., und Schröder, S. 297!

[5]) Siegel, S. 26 ff.; Stobbe-Lehmann, III. Bd., S. 169; Stobbe, Reurecht, S. 209 ff.; Hoffmann, S. 15 ff.; Fiebach, S. 9 ff.; Gierke, S. 525; Heusler, Bd. II, S. 257.

aber jedem Teile ohne Rücksicht auf ein schuldhaftes Verhalten des andern Teiles zu. Wir können es auch nicht als Rücktrittsrecht bezeichnen, da ja nicht der Zustand wiederhergestellt wird, der vor dem Vertragsschlusse bestand, sondern der zurücktretende Teil die arrha verliert.

Von einem Recht des vertragstreuen Teiles, von einem rechtsgültig zustandegekommenen, die Parteien verpflichtenden Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung des Gegners zurückzutreten, kann überhaupt im deutschen Recht nicht die Rede sein.

Die Fälle der positiven Vertragsverletzungen haben jedoch in den deutschen Rechten eine anderweite, sehr eingehende Regelung gefunden. Eine ausführliche Erörterung dieser gesetzlichen Regeln wäre geeignet, den Gegenstand einer besonderen umfangreichen Abhandlung zu bilden. Hier sei es uns gestattet, nur ganz kurz darauf einzugehen.

Wir unterscheiden dabei die Regelung der Frage

1. in den Volksrechten und
2. in dem Rechte des späteren Mittelalters.

In der ersten Periode interessiert uns besonders die Verpflichtung jedes Vertragsteiles, „im Wort zu bleiben“ [1]. Der deutschrechtliche Vertrag verpflichtet nämlich nicht bloß zu der übernommenen Leistung, sondern auch zur „Anerkennung des selbst geschaffenen Rechtszustandes nach allen Hinsichten“ [2]. Eine Verletzung dieses Rechtszustandes durch positive Handlungen, ja sogar der Versuch einer Verletzung, bedeutet einen Bruch des gegebenen Wortes, ein Unrecht. Die Folge dieser Vertragsverletzung ist Strafe, die bei den verschiedenen Verträgen eine verschiedene Form annimmt [3]. Eine Verpflichtung zum Schadensersatz besteht daneben nicht [4]. Die dem Be-

[1]) Siegel, S. 20 ff.

[2]) Löning, S. 130.

[3]) Vgl. Löning, S. 132 ff., und Huber, Bd. IV, S. 844!

[4]) Löning, S. 159 f.

rechtigten zufallende Strafe hat vielmehr zugleich die Funktion, den entstandenen Schaden zu ersetzen[1]).

In den Rechtsquellen des späteren Mittelalters finden wir dann zahlreiche Beispiele positiver Vertragsverletzungen, z. B. Flucht des Geldschuldners unter Mitnahme von Hab und Gut[2]), Doppelveräußerung oder Vernichtung einer zu übergebenden Sache[3]), Veräußerung, Vernichtung oder Verschlechterung einer zurückzugebenden Sache[4]) u. s. w. Bei allen diesen Widerrechtlichkeiten liegt der Schwerpunkt darin, daß sie im Gegensatz zu bloßem Nichtleisten einen deliktischen Charakter an sich haben[5]). Die Folge dieses Delikts aber ist die Strafe[6]). Daneben besteht in dieser Periode eine Verpflichtung zum Schadensersatze[7]), und beruht die Rechtsverletzung nicht auf Vorsatz, sondern nur auf Fahrlässigkeit, so ist diese Schadensersatzpflicht die einzige Rechtsfolge der Verletzung[8])[9]).

So sehen wir, daß der Fall der positiven Vertragsverletzungen, daß jemand tut, was er unterlassen soll, im deutschen Rechte eine eingehende Behandlung gefunden hat. Was allerdings den andern Fall, mangelhafte Erfüllung, betrifft, so stehen hier dem vertragstreuen Teile in der Regel keinerlei Rechte zu. Das deutsche Recht drückte das durch die Sätze aus: „Augen auf, Kauf ist Kauf", „Wer die Augen nicht auftut, muß den Beutel

---

[1]) Ausführlicheres und Begründung aus den Quellen siehe bei Löning, S. 129—160, und bei Sickel, S. 6—10!

[2]) Löning, S. 215 ff.

[3]) Löning, S. 388 ff.; Huber, Bd. IV, S. 845.

[4]) Löning, S. 406 ff.

[5]) Löning, S. 219, 391, 406, 503.

[6]) Löning, S. 219, 389, 407/408.

[7]) Löning, S. 390, 415, 532.

[8]) Löning, S. 392, 416/417, 532.

[9]) Ausführlicheres und Begründung aus den Quellen siehe bei Löning, S. 215 ff., 388 ff., 406 ff., 481 ff. und 530 ff., und bei Sickel, S. 16—46!

auftun", „Augen für Geld"[1]. Falls aber der Verkäufer individuell bestimmter Waren trotz gegenteiliger Versicherung beim Verkauf mangelhaft liefert, liegt nach deutschem Recht der Tatbestand des Delikts des Betrugs vor[2]. Der Verkäufer verfällt in Strafe und muß außerdem Schadensersatz leisten nach dem allgemeinen Grundsatze des deutschen Rechts, daß, wer eine Schuld auf sich geladen hat, auch dafür einzustehen hat[3].

Der Schutz des vertragstreuen Teiles bei positiven Vertragsverletzungen des Gegners ist im deutschen Rechte schon ein ziemlich umfangreicher, wenn auch von einer Gewährung des Rücktritts vom Vertrage noch keine Rede ist.

2. Römisches und Gemeines Recht.

Im römischen Rechte dagegen finden wir Fälle, in denen es dem vertragstreuen Teile möglich ist, bei positiven Vertragsverletzungen des andern Teiles von dem Vertrage loszukommen.

Zunächst möchten wir erwähnen, daß es auch im römischen Recht ein Reurecht[4] gab, nämlich bei den Innominalkontrakten. Dieses stand auch hier jedem Teile ohne Rücksicht auf das Verhalten des andern Teiles zu.

In älterer Zeit mußten die Parteien sich selbst gegen Vertragsverletzungen des andern Teiles sichern[5]. Dies

[1]) Dahn, 1. Abt., S. 152, Gierke, S. 526.

[2]) Löning, S. 391, Anm. 19. (S. dort auch Quellen.)

[3]) Stobbe, Zur Geschichte, III., S. 210; Löning, S. 390.

[4]) Bestritten. Dernburg, Pandekten, II. Bd., S. 20, Anm. 16; Windscheid, 1891, II. Bd., S. 208; Paul Fiebach, S. 5; Jsmar Littmann, S. 5; Karl Steinbauer, S. 24, 25; Robert Türcke, S. 7; Paul Gerhard Hoffmann, S. 13, 14. Vergl. die Ausführungen von Gradenwitz, S. 146—169!

[5]) Vgl. Bechmann, I. Teil, S. 395!

geschah in Form einer der Stipulation angehängten clausula doli[1]), durch die „jedes Handeln gegen den Geist der Vereinbarung" getroffen wird[2]), und in Form besonderer Strafstipulationen, die besonders gegen Nichtleistung oder mangelhafte Leistung sicherten[3]). Ein Rücktrittsrecht aber gab es damals für den vertragstreuen Teil noch nicht.

Von der „iniuria" der lex Aquilia ausgehend, entwickelte sich aber allmählich der Begriff der culpa in faciendo, zunächst für außerkontraktliche Verhältnisse[4]), dann aber namentlich auch für die Stipulation[5]). Neben diese Haftung für culpa in faciendo trat dann bei den bonae fidei iudicia die für diligentia[6]), und bald ging man dazu über, jeden Verstoß gegen die diligentia als culpa zu bezeichnen[7]). Doch war das Maß der Haftung bei den einzelnen Arten von Verträgen ein ganz verschiedenes[8]). Die Entwickelung ging jedoch dahin, daß schließlich die Vertragsschuldner in den meisten Fällen für jede Verschuldung einzustehen hatten[9]). Die Klage war die betreffende Kontraktsklage, das Ergebnis Schadensersatz[10]).

---

[1]) Pernice, Labeo, 1895, II. Bd., 2. Abt. S. 164 ff.

[2]) Pernice, 1895, II. Bd., 2. Abt., S. 166.

[3]) Dernburg, Pandekten, II. Bd., S. 100.

[4]) Karlowa, S. 1335 ff.; Pernice, 1900, II. Bd., Abt. II. I, S. 60 ff.; Jörs, S. 122, 123.

[5]) Jörs, S. 123; Pernice, 1900, II. Bd., Abt. II. I, S. 112 ff.

[6]) Jörs, S. 123.

[7]) Pernice, 1900, II. Bd., Abt. II. I, S. 61 u. 63; Jörs, S. 123.

[8]) Pernice, 1900, II. Bd., Abt. II. I, S. 84 ff., 126 und 149 ff.

[9]) Arndts, S. 402, 403; Dernburg, Pandekten, II. Bd., S. 100 u. 123; Dernburg, Das bürgerliche Recht, II. Bd., 1. Abt., S. 60; Jörs, S. 122, 123; Mommsen, Abt. 1, S. 228. Vgl. dagegen Windscheid, 1891, II. Bd., S. 628, und Brinz, II. Bd., 1. Abt., S. 253 ff.!

[10]) Brinz, II. Bd., 1. Abt., S. 252.

Mehr interessiert uns hier die actio doli. Denn „jede widerrechtliche bösliche Vermögensbeschädigung, die nicht in anderer Weise ebensogut ausgleichbar ist, begründet die actio doli“[1]). Hierunter fällt ein großer Teil der positiven Vertragsverletzungen. Diese Klage ist eine actio arbitraria; die Formel enthält die Anweisung zum arbitratus iudicis. Der Richter muß also vor der Verurteilung den schuldigen Teil zur Herausgabe dessen auffordern, was er auf Grund des Vertrages schon erhalten hat. Das Ergebnis kann wirtschaftlich ganz dasselbe sein wie beim Rücktritt; denn hier wie dort werden die empfangenen Leistungen zurückgewährt. Aber der Richter kann die Partei nicht zur Restitution zwingen; die Verurteilung kann immer nur auf Geld erfolgen.

In vielen Fällen wird dem vertragstreuen Teile bei mangelhafter Leistung des andern Teiles auch die exceptio non rite adimpleti contractus[2]) und überhaupt bei dolosen positiven Vertragsverletzungen die exceptio doli Hilfe bringen, wenn er nämlich infolge der positiven Vertragsverletzung des andern Teiles seinerseits nicht geleistet hat und nun auf Leistung verklagt wird. Die exceptio doli ist ja die einzige Hilfe für Gegenansprüche des Beklagten, die der Billigkeit entsprechen, für die aber kein selbständiges Rechtsmittel zu Gebote steht[3]).

Bei den bonae fidei iudicia war eine solche exceptio doli nicht nötig; denn die Anweisung an den Richter, ex fide bona zu urteilen, schloß die Berücksichtigung des dolus in sich.

[1]) Dernburg, Pandekten, II. Bd., S. 369, 370; Arndts, S. 534; Jörs, S. 148. Dagegen Pernice, 1895, II. Bd., 2. Abt., S. 219, 220.

[2]) Dernburg, Pandekten, II. Bd., S. 62; Windscheid, 1891, II. Bd., S. 205 f.; Engelmann, S. 221 f.

[3]) Pernice, 1895, II. Bd., 2. Abt., S. 231, 233, 246, 254.

Gehen wir noch kurz auf den Fall der mangelhaften Erfüllung beim Kauf ein, so sehen wir, daß der Käufer, wenn er durch Anpreisungen zum Vertragsschlusse böslich verlockt worden ist, die actio doli hat (l. 37 D. de dolo malo, 4, 3) [1]), deren Erfolg, wie oben ausgeführt, derselbe wie der des Rücktritts sein kann, und daß bei doloser Verschweigung von Mängeln der Käufer mit der actio empti auf Aufhebung des Vertrages klagen kann (l. 11 §§ 5, 6 D. de actionibus empti venditi, 19, 1) [2]). Dazu kommen die ädilizischen Klagen auf Wandelung oder Minderung [3]), die dem Käufer bei mangelhafter Erfüllung ohne Rücksicht auf Verschulden des Käufers zustehen. Für uns kommt besonders die actio redhibitoria in Betracht, die es dem Käufer ermöglicht, gegen Rückgabe der gekauften Sache den Kaufpreis zurückzuverlangen.

Diese Sätze des römischen Rechts sind gemeines Recht geworden. Ein allgemeines Recht auf Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung des andern Teiles finden wir auch hier noch nicht.

3. Allgemeines Landrecht.

Das preußische Allgemeine Landrecht gibt zunächst im Falle positiver Vertragsverletzung dem vertragstreuen Teile ein Recht auf Schadensersatz (I. 5. § 277, § 285, § 291, I. 11. § 890, I. 5. § 320, I. 11. § 198).

Bei mangelhafter Erfüllung aber gibt das Allgemeine Landrecht dem andern Teile auch die Möglichkeit, von dem Vertrage zurückzutreten, wenigstens, wenn er seiner-

---

[1]) Pernice, 1895, II. Bd., 2. Abt., S. 177.

[2]) Pernice, 1895, II. Bd., 2. Abt., S. 179, 181; Jsmar Littmann, S. 5.

[3]) Vgl. die eingehenden Ausführungen bei Bechmann, 1. Teil, S. 395 ff.!

seits noch nicht erfüllt hat[1]). Verweigert er nämlich wegen mangelhafter Leistung des Gegners die ihm obliegende Leistung, so muß dieser Weigerungsgrund gerichtlich untersucht werden (I. 5. § 396). Wird dieser sein Weigerungsgrund nun durch rechtskräftiges Urteil für erheblich erachtet, so kann er endgültig von dem Vertrage zurücktreten (oder seine durch das Urteil entsprechend geminderte Leistungspflicht erfüllen) (§ 399). Dieses Rücktrittsrecht kann der Richter nach § 403 auch dann dem die Erfüllung Weigernden geben, wenn er findet, daß dieser zu seiner Weigerung zwar nur zum Teil berechtigt war, dem Gegner aber „bei den über die Erfüllung des Vertrages entstandenen Weiterungen“ „ein Übergewicht der Schuld zur Last falle“[2]). Daß diese Vorschriften auch bei mangelhafter Erfüllung eines Kaufvertrages gelten, wird in I. 11. § 232 noch besonders hervorgehoben.

Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, kann nach § 408 bei mangelhafter Erfüllung des Vertrages der andere Teil sofort auf eigene Gefahr zurücktreten[3]). Wird seine Behauptung der mangelhaften Erfüllung der Gegenseite nämlich bei der gerichtlichen Untersuchung für unbegründet befunden, so muß er den vollen Schaden ersetzen. Wird sie dagegen für begründet befunden, so muß der andere Teil nun auch noch Schadensersatz leisten. Wir haben es hier also nicht mit einem reinen Rücktrittsrechte zu tun, sondern mit einer Ablehnung der Erfüllung unter Schadensersatzanspruch[4]); denn es wird ja nicht der Zustand wie vor Vertrags-

[1]) Förster-Eccius, I. Bd., S. 534; Paul Fiebach, S. 22; Jsmar Littmann, S. 10; Robert Türcke, S. 20, 21.

[2]) Robert Türcke, S. 21.

[3]) Förster-Eccius, I. Bd., S. 535; Robert Türcke, S. 23, 24; Erich Schüler, S. 29.

[4]) Robert Türcke, S. 24; Erich Schüler, S. 29.

schluß wiederhergestellt, die Vermögenslage ist vielmehr nicht die gleiche wie vor dem Vertragsschlusse, sondern das Vermögen des einen Teiles ist vergrößert, das des andern verkleinert, nämlich um die als Schadensersatz gezahlte Summe.

Für den Werkvertrag ist noch auf die §§ 947 und 952, I. 11 hinzuweisen, die dem Besteller das Recht geben, die Annahme zu verweigern, falls das Werk von den bei der Ablieferung zugezogenen Sachverständigen „untüchtig befunden" wird (§ 947), oder falls bei einem Werke, das „zur Pracht und Zierde bestimmt" ist, „in der äußerlichen Gestalt und Form ein erheblicher Fehler begangen" ist (§ 952).

Wir finden also, daß in gewissen Fällen bei mangelhafter Erfüllung von der einen Seite dem andern Teile die Möglichkeit gegeben ist, von dem Vertrage loszukommen, müssen aber beachten, daß ein Verschulden des mangelhaft erfüllenden Teiles dabei ganz außer Betracht bleibt.

II. Dogmatischer Teil.

1. Allgemeines.

Zu einer interessanten Streitfrage ist die hier behandelte Frage im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs geworden. Während man nämlich allgemein zu der Überzeugung gekommen ist, daß positive Vertragsverletzungen zum Schadensersatz berechtigen[1]), und nur über die recht-

[1]) Vgl. die abweichende Ansicht Werners, S. 476, 477!

liche Begründung dieses Anspruchs Streit besteht[1], ist man bezüglich der Gewährung des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen infolge positiver Vertragsverletzung zu keiner Einigung gekommen, und auch bei denen, die ein solches Rücktrittsrecht allgemein gewähren wollen, ist die rechtliche Begründung eine ganz verschiedene. Auf diese verschiedenen Theorieen haben wir im folgenden näher einzugehen.

2. Die verschiedenen Theorieen über die Gewährung des Rücktrittsrechts bei positiven Vertragsverletzungen des Gegners.

A. Die von Goldmann und Lilienthal aufgestellte Theorie.

Auf die Paragraphen über die zu vertretende Unmöglichkeit stützt eine Theorie, die in Goldmann und

[1]) Crome (II. Bd., 1. Hälfte, S. 65), Düringer u. Hachenburg (III. Bd., 1. Lieferung, S. 71, und 2. Lieferung, S. 156 bis 159), Leonhard (bei Eck, 2. Lieferung, S. 271, Anm. 2), Dernburg (Das bürgerliche Recht, II. Bd., 1. Abt., S. 135, und Über das Rücktrittsrecht, S. 2 und 3), sowie das Reichsgericht (Entscheidungen, Bd. 52, S. 18, und Bd. 53, S. 201, 202) finden in § 276 B. G. B. die Verpflichtung zum Schadensersatz ausgesprochen; Müller (Begründet ein Verschulden des Verkäufers usw., S. 541, 542) in § 276 und den „in dem Buch über das Recht der Schuldverhältnisse zerstreuten Einzelbestimmungen, die eine Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Schadens ausdrücklich aussprechen", ähnlich Lehmann (S. 83 ff.); Kipp (Das Reichsgericht, S. 254) hilft sich mit „ausdehnender Auslegung des § 276", wie er es nennt, während es m. E. eher Analogie von § 280 ist. Dagegen wenden sich mit Recht Staub (Die positiven Vertragsverletzungen, S. 7, 8 u. 31 bis 35, und Kommentar, II. Bd., § 347, Anm. 11), der den Schadensersatzanspruch in analoger Anwendung des § 286 gibt, und Goldmann und Lilienthal (I. Bd., 2. Abt, S. 331), die § 280 anwenden wollen. Über diese letzte Theorie siehe unten S. 20 ff.!

Lilienthal[1]) ihre Hauptvertreter gefunden hat, die Gewährung des Rücktrittsrechtes in den hier in Frage stehenden Fällen. Ihr Gedankengang ist folgender:

Nicht bloß in dem Falle, daß der Schuldner nicht leisten kann, sondern auch dann, wenn er nicht leisten will, liegt eine Unmöglichkeit der Leistung vor[2]). In ersterem Falle ist sie die Ursache, in letzterem die Folge der Nichtleistung. „Die Unmöglichkeit der Leistung kann sich nun auf jeden Bestandteil der Verbindlichkeit des Schuldners beziehen: auf die Zeit der Leistung, den Ort und den Gegenstand der Leistung. Hat die geschuldete Sache nicht diejenigen Eigenschaften, welche sie nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses haben muß, wird eine Handlung nicht so geleistet, wie sie geschuldet wird, so ist die Leistung insoweit unmöglich, als die Sache oder die Leistung nicht dem Inhalte des Schuldverhältnisses entspricht."

Wäre das richtig, so erledigte sich die hier behandelte Frage durch einfache Anwendung des § 325. Bei vollständiger Unmöglichkeit der Erfüllung — eine solche könnte bei Fixgeschäften vorliegen — wäre dann nach Satz 1 ohne weiteres dem Gegner das Rücktrittsrecht gegeben, in andern Fällen, bei „teilweiser Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit", nach Satz 2 wenigstens bei entsprechendem Interesse.

Aber diese Theorie ist nicht zu halten. Die ganze

---

[1]) I. Bd., 2. Abt., S. 332, 333, 334.

[2]) Goldmann und Lilienthal, I. Bd., 2. Abt., S. 332; Neumann, Handausgabe, I. Bd., § 275, Anm. II; Titze, S. 12, 33, 34, 35, 41 und 42; Schollmeyer, II. Bd., 1. Hälfte, § 286, Anm. 2 a. A., und § 326, Anm. 6a. A.; Planck, II. Bd., § 284, Anm. 1, und § 286, Anm. 1; Lehmann, S. 70, 71, 72, Motive, Bd. II, S. 51; dazu Staffel, S. 469, Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 54, S. 286 ff.; Erich Paasche, S. 55, VIII. a. E. und Anm. 1. Vgl. auch Oertmann, § 326, Anm. 3!

Lehre vom Verzuge wäre ja dann überflüssig[1]. Der Verzug wäre ja nichts als eine zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung hinsichtlich der Zeit. Zwei so „ganz verschiedenartige Dinge" darf man doch nicht miteinander zu vermengen suchen[2]. Wozu haben wir dann den § 286! Den § 326! Selbst beim Fixgeschäfte (für welches Kisch[3]) die Theorie verteidigt) ist sie nicht zu halten. Wozu haben wir sonst im Gesetze den § 361! Jeder dieser Paragraphen enthielte dann eine Tautologie, die sich als ein so grober Verstoß gegen die Gesetzestechnik darstellen würde, wie man ihn den Verfassern des B. G. B. nicht zutrauen kann.

Mit Recht weisen auch Düringer und Hachenburg[4]) und im Anschluß an sie Staub[5]) darauf hin, wie sehr diese Theorie mit einer natürlichen Anschauung im Widerspruche steht: „Niemals würde der kaufmännische Prinzipal das Urteil verstehen, in welchem ausgeführt ist, der Handlungsgehilfe, den er wegen oberflächlicher und leichtsinniger Buchführung zur Verantwortung zieht, habe sich in einer „„vertretbaren zeitweisen und teilweisen Unmöglichkeit"" befunden, die Bücher richtig zu führen."

Vollständig versagt die Theorie, wenn ein Vertrag vor der Fälligkeit mangelhaft erfüllt wird[6]). (Der andere Fall der positiven Vertragsverletzung, daß jemand tut, was er unterlassen soll, scheidet hier aus, weil eine solche positive Vertragsverletzung nur denkbar ist bei Fälligkeit der Unterlassungspflicht. Diese ist ja eben so lange fällig,

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 13.

[2]) Seuffert, S. 18; Dernburg, Das bürgerliche Recht, II. Bd., 1. Abt., S. 152, Anm. 3; Rehbein, Bd. II, S. 121, Anm. 113 a. A.; Neumann, Jahrbuch, I. Bd., S. 237.

[3]) S. 19, Anm. 1. Ähnlich Lehmann, S. 72 und 75.

[4]) III. Bd., 1. Lieferung, S. 65, 66.

[5]) Die positiven Vertragsverletzungen, S. 36.

[6]) Vgl. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 10—12, 21, 22 und 41!

wie ihr nicht zuwidergehandelt werden darf.) Muß ich bis heute über 8 Tage erfüllen und erfülle heute mangelhaft, obwohl ich vollständig erfüllen könnte, wenn ich wollte, so ist es mir weder heute noch morgen noch in den nächsten Tagen unmöglich, vollständig zu erfüllen. Freilich ist es mir morgen unmöglich, heute zu erfüllen, aber ich bin ja nie verpflichtet gewesen, grade heute zu erfüllen, es liegt also auch keine zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung meiner Verpflichtung vor. Morgen kann ich zwar nicht heute erfüllen (aber zum Heuteleisten bin ich nicht verpflichtet), dagegen kann ich sehr wohl morgen oder in den nächsten Tagen vollständig erfüllen, nur dazu, zur Leistung bis heute über 8 Tage, bin ich verpflichtet.

Überhaupt beruht diese ganze Theorie auf einem logischen Fehler. Sie sagt: Die positive Vertragsverletzung begründet eine zeitweise Unmöglichkeit der vollständigen Erfüllung oder eine zeitweise und teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung. Wenn heute meine Leistung fällig ist und ich den Vertrag verletze (indem ich tue, was ich unterlassen soll, oder indem ich mangelhaft erfülle), ist es mir morgen teilweise unmöglich, ihn heute zu erfüllen, und diese Unmöglichkeit habe ich, weil ich sie durch mein Verschulden herbeigeführt habe, zu vertreten. Das stimmt jedoch nicht. Gewiß ist es mir morgen, am 4. August, unmöglich, heute, am 3. August, zu erfüllen, und zwar nicht bloß teilweise, sondern vollständig unmöglich. Aber das war auch garnicht der Inhalt der von mir in dem Vertrage übernommenen Verpflichtung. Die am 4. August bestehende Unmöglichkeit, den Vertrag am 3. August zu erfüllen, die Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung zum Gesternleisten oder einfacher: die Unmöglichkeit des Gesternleistens fällt garnicht unter § 325; sie ist keine nachträglich eintretende, von mir verschuldete, von mir zu vertretende, sondern vielmehr eine stets vorhandene, auf einem einfachen Naturgesetz beruhende Unmöglichkeit. Nie

hätte ich mich verpflichten können, bis zum 3. August zu leisten und diesen Vertrag am 4. August zu erfüllen. Ein Vertrag, der auf eine solche Leistung gerichtet wäre, wäre nichtig (§ 306). Wenn meine Leistung heute fällig ist und ich heute eine positive Vertragsverletzung begehe, so besteht eben morgen für mich gar keine Verpflichtung mehr, heute den Vertrag zu erfüllen (sonst wäre der Vertrag ja nichtig), diese Verpflichtung zu erfüllen kann mir also auch nicht unmöglich werden. Meine Verpflichtung kann immer nur auf eine nach den Naturgesetzen mögliche Leistung gerichtet sein. Wenn ich mir diese an sich mögliche Leistung schuldhaft unmöglich mache, so kann mein Gegner von dem Vertrage zurücktreten usw. Das allein ist der Sinn des § 325.

Ähnlich ist der Gedankengang Staubs[1], der den logischen Fehler der Goldmann-Lilienthalschen Konstruktion darin findet, daß dem Verpflichteten nicht diejenige Leistung unmöglich wird, die den Gegenstand des Vertrages bildet (wie oben), sondern das Ungeschehenmachen der begangenen Pflichtverletzung. Auch eine darauf gehende Verpflichtung ist nicht Gegenstand des Vertrages, könnte es auch garnicht sein; sie würde, wenn sie es wäre, als unmögliche Leistung den Vertrag nichtig machen.

Die Unhaltbarkeit der Theorie wird von Staub noch weiter an der Hand schlagender Beispiele nachgewiesen[2]. Greifen wir einige von diesen heraus:

Der Besitzer einer Badeanstalt hat mit einem Kohlenhändler einen Vertrag geschlossen, wonach dieser während des ganzen Sommers täglich eine bestimmte Quantität Kohlen zu liefern hat. Drei Wochen lang liefert der Händler schlechte Kohlen. Ein ordnungsmäßiger Betrieb der Anstalt ist infolgedessen nicht möglich[3].

[1] Die positiven Vertragsverletzungen, S. 36—38 und 47.

[2] Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 10—12, 18—22, 36.

[3] Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 19.

Ein Händler kauft einen Posten Ware. Der Verkäufer verpflichtet sich, zwei Jahre lang in dem betreffenden Bezirke keinem andern Händler gleiche Ware zu verkaufen. Er tut es trotzdem[1]).

Goldmann und Lilienthal sagen: Dem Kohlenhändler ist es unmöglich, seiner Pflicht, mangelfreie Kohlen zu liefern, zu genügen, nachdem er mangelhafte geliefert hat. — Dem Verkäufer des zweiten Falles ist es unmöglich, seine Pflicht zur Nichtlieferung an andere Händler zu erfüllen, nachdem er an andere geliefert hat. In beiden Fällen hat der Verkäufer diese Unmöglichkeit zu vertreten; der Käufer hat also das Rücktrittsrecht.

Dagegen ist alles das zu sagen, was oben ausgeführt ist. Dem Kohlenhändler ist es vielleicht sehr gut möglich, mangelfreie Ware zu liefern; er hat gute und schlechte Kohlen auf Lager. Dem Verkäufer des zweiten Falles ist es nach der Verletzung der vertragsmäßigen Unterlassungspflicht wohl möglich, für die Zukunft den Vertrag zu erfüllen. Es bleibt also in beiden Fällen nur die „zeitweise" Unmöglichkeit. Fragen wir uns: Was ist unmöglich? Dem Kohlenhändler ist es nach der mangelhaften Lieferung unmöglich, für die verflossene Zeit mangelfreie Kohlen zu liefern. Dem Verkäufer im zweiten Falle ist es nach der Verletzung seiner Verpflichtung, an andere Händler nicht zu liefern, unmöglich, diese Pflicht für die Vergangenheit zu erfüllen. In beiden Fällen ist es die Pflicht zum Gesternleisten, deren Erfüllung unmöglich ist. Daß eine solche Pflicht nicht Gegenstand des Vertrages ist, auch nicht sein kann, haben wir oben gesehen[2]).

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 20.

[2]) Gegen die Überspannung des Begriffs der Unmöglichkeit wenden sich auch Biermann (S. 73 ff.), Kisch (S. 13, 14 und 35, s. aber S. 19, Anm. 1), Kleineidam (Unmöglichkeit, S. 1, und Einige Streitfragen, S. 105 ff.) und Müller (Begründet ein Verschulden u. s. w. S. 542, 543).

B. Die von Schöller aufgestellte Theorie.

Auf andere Weise sucht Schöller die Folge des Rücktrittsrechts bei positiver Vertragsverletzung des Gegners aus § 325 herzuleiten[1]).

Sein Gedankengang ist folgender:

Es besteht für beide Teile bei einem gegenseitigen Vertrage die Pflicht, positive Vertragsverletzungen zu unterlassen. Wir unterschieden oben innerhalb des Begriffes der positiven Vertragsverletzung zwei Fälle, nämlich erstens, daß jemand tut, was er unterlassen soll, zweitens, daß jemand mangelhaft leistet. Schöller sagt nun, der zweite Fall ist nichts Anderes als der erste: es tut auch hier jemand, was er unterlassen soll; denn es besteht „eine Vertragspflicht, vertragswidrige Leistungen zu unterlassen"[2]). Er meint, die durch das Schuldverhältnis begründete Leistungspflicht des Schuldners schließe nicht bloß das Gebot der Erfüllung, sondern auch das Verbot mangelhafter Erfüllung in sich. „Nicht nur das Nichtleisten, sondern auch das Andersleisten widerspricht den Vertragspflichten des Schuldners"[3]). Auch die vertragswidrige Leistung bezwecke Erfüllung des Vertrages; der Gläubiger, der sie in Unkenntnis ihrer Vertragswidrigkeit als Erfüllung annehme, werde dadurch gehindert, auf vertragsmäßiger Erfüllung zu bestehen, und hierfür müsse der Schuldner kraft des Vertrages aufkommen. Kurz: Der Schuldner ist vertragsmäßig verpflichtet, jede positive Vertragsverletzung zu unterlassen.

Nun argumentiert Schöller weiter: Handelt der Schuldner seiner Verpflichtung, positive Vertragsverletzungen zu unterlassen, zuwider, so begründet er damit die Unmöglichkeit, seine Unterlassungspflicht zu erfüllen,

[1]) Schöller, S. 25—29.
[2]) Schöller, S. 27.
[3]) Schöller, S. 28.

und zwar eine vollständige, wenn nur eine einmalige Unterlassung geschuldet wurde, eine teilweise bei der Pflicht zu mehrmaliger oder dauernder Unterlassung[1]). Infolge dieser Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht, die der Schuldner, falls er sie verschuldet hat, zu vertreten hat, steht dem Gläubiger aus § 325 das Recht zu, von dem Vertrage zurückzutreten (bei teilweiser Unmöglichkeit wenigstens, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages kein Interesse für ihn hat).

Auch diese Theorie beruht m. E. auf einem Denkfehler. Ist es denn richtig, daß die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht das Unterlassen unmöglich macht? Unmöglichkeit der Unterlassung ist doch nichts als Notwendigkeit des Zuwiderhandelns, Nichtunterlassenkönnen ist gleich Tunmüssen[2]). Ein solches Tunmüssen ist aber durchaus nicht die Folge der Verletzung der Unterlassungspflicht. Die Vertreter der Theorie behaupten das auch nicht; sie meinen aber, daß eine Unmöglichkeit des Unterlassens, wenigstens eine

---

[1]) Schöller, S. 26 f. Vgl. Kammergerichtsentscheidung vom 25. Juni 1902 bei Warneyer, § 241, 1! Lehmann, S. 73 ff., 93; Müller und Meikel, 5. Lieferung, S. 255; Planck, II. Bd., § 284, Anm. 9; Schollmeyer, II. Bd., 1. Hälfte, § 284, Anm. 5; Titze, S. 14, Anm. 28; Paul Fiebach, S. 68, 69; Erich Paasche, S. 37 ff., 56 und 58; Richard Treitel, S. 48, 49. Die hier Zitierten gehen jedoch nicht so weit wie Schöller, zu behaupten, daß die Verpflichtung zu mangelfreier Leistung als eine Pflicht zur Unterlassung mangelhafter Leistung und somit mangelhafte Leistung als Zuwiderhandlung gegen diese Unterlassungspflicht, also nach ihrer Theorie als Unmöglichkeit der Unterlassung mangelhafter Leistung aufzufassen sei. Fiebach wendet sich sogar S. 66/67, Anm. 57, und S. 94, Anm. 35, dagegen.

[2]) Wendt, S. 54, Schollmeyer, II. Bd., 1. Hälfte, S. 96, Richard Treitel, S. 34, Erich Paasche, S. 36. Von diesen führt jedoch nur Wendt (S. 54—61) den Satz: „Unmöglichkeit der Unterlassung kann nichts Anderes sein als Notwendigkeit des Zuwiderhandelns“ streng durch. Vgl. Hartmann, S. 172, und Kisch, S. 162!

teilweise, noch in etwas Anderem bestehen könne als im Tunmüssen. Das erscheint von vornherein als unrichtig. Sie sagen: wenn ich der Unterlassungspflicht zuwiderhandele, so ist es mir, wenigstens teilweise, nicht mehr möglich, meine Unterlassungspflicht zu erfüllen. Dieser Theorie läßt sich der eine Vorwurf nicht machen (s. oben S. 14!), daß sie vollständig versage, wenn vor der Fälligkeit der Vertrag mangelhaft erfüllt werde. Was aber sonst oben S. 15–16 gegen die unter A. bekämpfte Theorie gesagt ist, gilt auch hier. Wenn heute die Versuchung an mich herantritt, der Verpflichtung zur Unterlassung entgegenzuhandeln, so ist es mir durchaus nicht unmöglich, diese Verpflichtung zu erfüllen. Erfülle ich sie nicht, so ist es mir auch morgen nicht unmöglich, die Unterlassungspflicht zu erfüllen. Unmöglich ist es natürlich morgen, die heutige Pflichtverletzung zu unterlassen, aber darin besteht auch nicht die von mir geschuldete Leistung; sonst wäre der Vertrag ja nichtig (s. oben!). Begehe ich heute eine positive Vertragsverletzung, so ist natürlich schließlich das Ergebnis, daß der Vertrag nicht vollständig erfüllt ist (bezw. überhaupt nicht, wenn nämlich die verletzte Pflicht zu einmaliger Unterlassung der einzige Inhalt meiner Verpflichtung aus dem Vertrage war), aber von Unmöglichkeit der Erfüllung ist keine Rede.

Aber selbst wenn es logisch richtig wäre, daß Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht begründet, ließe sich verschiedenes gegen diese Theorie geltend machen.

Allerdings muß man zugeben, daß darin, daß § 325 zunächst die Fälle im Auge hat, in denen die „dem einen Teile obliegende Leistung" eine positive Leistung ist, wie Staub[1]) ausführt und auch Schöller[2]) selbst zugibt, kein

[1]) Die positiven Vertragsverletzungen, S. 9, 10 (wohl durch ein Versehen Staubs an diese Stelle geraten, wo die Goldmann-Lilienthalsche Ansicht widerlegt werden soll), 14 und 15.

[2]) S. 26. Vgl. Fischer, S. 82!

schlagender Beweis gegen die Theorie liegt. Wenn auch der Gesetzgeber hier zunächst nicht an die Fälle denkt, in denen die Leistung in einer Unterlassung besteht, so dürfen wir doch wohl § 241 Satz 2 nicht ohne weiteres außer acht lassen, wenn sich nicht etwa seine Unanwendbarkeit aus dem Gesetzestexte selbst ergibt. Und das ist hier nicht der Fall.

Nicht zu bestreiten aber ist es, daß diese Theorie in hohem Grade „den Eindruck des Gekünstelten und Geschraubten" macht[1]), daß es unnatürlich ist, wenn man die Rechtsfolgen, die durch die Verletzung der Unterlassungspflicht entstehen, nicht als Folgen dieser Verletzung auffaßt, sondern zu der Konstruktion greift: dadurch, daß der Schuldner diese Zuwiderhandlung begangen hat, hat er sich in die Unmöglichkeit versetzt, sie nicht zu begehen. Diese Unmöglichkeit nun ist es, aus der, falls sie auf einem Umstande beruht, den er, der Schuldner, zu vertreten hat, der Gläubiger seine Rechte aus § 325 herleiten kann[2]).

Jedenfalls scheint es uns sicher, daß auch mit dieser Theorie nicht der richtige Weg gefunden ist.

C. Die von Staub aufgestellte Theorie.

Schon die Vertreter der unter A und B behandelten Theorieen hatten erkannt, daß es de lege lata der Gerechtigkeit entspreche, wenn im Falle positiver Vertragsverletzung des einen Teiles dem andern Teile ein Rücktrittsrecht eingeräumt werde, daß das Gesetz aber diesen Satz nicht mit klaren Worten ausspreche. Sie hatten zu

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 14; Müller, Begründet ein Verschulden usw., S. 543.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 10 (ebenfalls wohl durch ein Versehen Staubs hierhergeraten); Düringer und Hachenburg, III. Bd., 1. Lieferung, S. 65.

komplizierten Konstruktionen gegriffen, um die Fälle der positiven Vertragsverletzungen unter im Gesetz ausgesprochene Sätze zu bringen, ohne daß ihnen dies jedoch gelungen wäre.

Staub findet nun für alle diese Fälle den Rechtsgrund für die Gewährung des Rücktrittsrechts in der analogen Anwendung des § 326 [1]. Wie der Verzug des einen Teiles bei gegenseitigen Verträgen es dem andern Teile ermöglicht, vom Vertrage zurückzutreten, so soll auch eine positive Vertragsverletzung dieselbe Folge haben. Denn der Verzug stellt sich dar als ein schuldhaftes negatives Verhalten, das den Vertragszweck zu vereiteln geeignet ist. Für ein ebensolches positives Handeln enthält das Gesetz keine Bestimmung. Also sind wir berechtigt, den in § 326 auf einen speziellen Fall angewandten dem Gesetze innewohnenden Gedanken aufzusuchen und auf den verwandten Fall der Vertragsverletzung durch positives Handeln anzuwenden. Dieser Gedanke aber ist, wie aus § 326 zweifellos hervorgeht, der: Gefährdet bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil durch sein Verhalten schuldhaft die Erreichung des Vertragszweckes, so ist der andere Teil (eventuell nach verstrichener Nachfrist) berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. So kommen wir für unsern Fall zu folgendem Rechtssatze: Begeht der eine Teil durch positive Handlungen Vertragsverletzungen, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, so ist der andere Teil zum Rücktritt von dem Vertrage (oder zu dem uns hier nicht interessierenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) berechtigt [2]. Daß die Fristsetzung des § 326 bei seiner analogen Anwendung auf positive Vertrags-

[1] Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 18 ff. u. 39 ff.
[2] Staub, die positiven Vertragsverletzungen, S. 23, 24.

verletzungen wegfallen muß, ergibt sich aus der Natur der Sache; denn man kann wohl eine Frist setzen zur Bewirkung einer positiven Leistung, d. h. man kann dem schuldhaften Unterlassen der Leistung ein Ziel setzen, die positive Vertragsverletzung dagegen ist kein Zustand, dem ein Ziel gesetzt werden kann, sondern ein Ereignis, das plötzlich hereinbricht, das, einmal geschehen, nicht wieder zu beseitigen ist.

Mit Recht macht Staub darauf aufmerksam[1]), daß hiermit der Fall garnichts zu tun hat, daß eine positive Vertragsverletzung begangen wird, die an sich noch nicht gerade geeignet ist, den Vertragszweck zu gefährden, ihre Wiederholung trotz vorangegangener Aufforderung zur Unterlassung aber schließlich doch diese Wirkung hat.

Diese Theorie wird jedoch nur zu halten sein, wenn es richtig ist, daß das Gesetz selbst keine ausreichende Regelung der in Betracht kommenden Fälle enthält; denn erst dann ist es erlaubt, zu dem Hilfsmittel der Analogie zu greifen[2]).

Und dieser Punkt ist es, der zum Gegenstande lebhafter Angriffe gegen die Staubsche Theorie geworden ist. Zwar geben auch die Gegner zu, daß die Gerechtigkeit es verlange, daß im Falle positiver Vertragsverletzung des einen Teiles dem andern Teile das Recht des Rücktritts vom Vertrage gegeben werde, aber sie meinen, daß man zu diesem oder wenigstens einem ähnlichen Ergebnisse auch ohne Zuhilfenahme der Analogie des § 326 gelangen könne. Namentlich Dernburg[3]) und Kipp[4]) sind es, die in längerer Ausführung darzulegen suchen,

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 24.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 22; Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. I, S. 79, und Über das Rücktrittsrecht, S. 2, Kipp bei Windscheid, 1900, I. Bd., S. 22, Anm. 8.

[3]) Über das Rücktrittsrecht, S. 1 ff.

[4]) Das Reichsgericht, S. 253 ff. Vgl. Paul Fiebach, S. 66!

daß sich mit den gegebenen Gesetzesbestimmungen alle Fälle der positiven Vertragsverletzungen zu allgemeiner Zufriedenheit erledigen lassen, daß also ein Bedürfnis für Heranziehung der Analogie aus § 326 nicht vorliegt.

Wenn wir zunächst von den Ausführungen, die sich nur auf den Kaufvertrag beziehen, absehen, so sind es zwei Punkte, die Dernburg[1]) zur Widerlegung des Satzes, daß das Gesetz eine ausreichende Regelung der hier behandelten Fälle nicht enthält, vorbringt:

1. stehe bei Dienstverträgen dem vertragstreuen Teile bei positiven Vertragsverletzungen des andern Teiles aus § 626 B. G. B. und § 70 H. G. B. fristlose Kündigung „aus wichtigem Grunde" zu[2]),
2. könne der bei positiven Vertragsverletzungen zu leistende Schadensersatz[3]) durch Rücktritt vom Vertrage erfolgen.

Der erste dieser beiden Punkte ist zweifellos richtig, und man wird ohne weiteres zugeben müssen, daß durch die herangezogenen Paragraphen ein hinreichender Schutz des vertragstreuen Teiles gegen positive Vertragsverletzungen des andern Teiles gegeben ist[4]). Aber es ist doch eben nur der Dienstvertrag, für den das Gesetz diese befriedigende Regelung enthält, während wir für all die anderen gegenseitigen Verträge ähnliche Bestimmungen nicht vorfinden.

Dagegen scheint es uns unrichtig, daß der Schadensersatzanspruch unter Umständen zum Rücktritt vom Vertrage führen kann. Der Rücktritt kann nie den durch die Vertragsverletzung entstandenen Schaden beseitigen, sondern nur künftigen Schaden verhüten[5]). Am deutlichsten ergibt

[1]) Über das Rücktrittsrecht, S. 5.
[2]) Auch Kipp, Das Reichsgericht, S. 255.
[3]) Über dessen Begründung s. S. 12, Anm. 1!
[4]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 43
[5]) Kipp, Das Reichsgericht, S. 255.

es sich aus den Beispielen, die Dernburg für seine Ansicht gibt, daß eben diese Ansicht unhaltbar ist. Es sind folgende Fälle[1]): Ein Agent gibt aus Nachlässigkeit unrichtige Berichte über die Insolvenz eines von ihm gewonnenen Kunden, ein anderer arbeitet für ein Konkurrenzgeschäft, ein Kommis verkauft fahrlässig weit unter dem Einkaufspreise. Hier, meint Dernburg kann der Schadensersatz, weil man es „mit einem unzuverlässigen, des Vertrauens unwerten Angestellten oder Agenten zu tun hat", nur im Rücktritt vom Vertrage bestehen. Dagegen ist zweierlei zu sagen: Einmal brauchen wir hier die aus allgemeinen Grundsätzen über positive Vertragsverletzungen folgende Schadensersatzpflicht gar nicht; denn nach §§ 626 B. G. B., 70 Abs. 1, 92 Abs. 2 H. G. B. kann der vertragstreue Teil fristlos kündigen und nach § 628 B. G. B. die Gegenleistung teilweise oder vollständig (wenn die bisherigen Dienstleistungen des vertragswidrig handelnden für ihn infolge der Auflösung des Dienstverhältnisses kein Interesse haben) verweigern, bzw. zurückverlangen, und dann sogar nach § 629 B. G. B., § 70 II H. G. B. noch den durch die Auflösung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden ersetzt verlangen. Diese Rechtsfolgen der positiven Vertragsverletzungen ergeben sich also nicht aus einer allgemeinen Schadensersatzpflicht bei positiver Vertragsverletzung. Zweitens aber sind diese Rechtsfolgen auch gar nicht ein Rücktrittsrecht. Aus dem allgemein bei positiven Vertragsverletzungen bestehenden Schadensersatzanspruche können wir ein solches Rücktrittsrecht nicht herleiten. Nach § 249 B. G. B. hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Das ergibt, auf unsere Beispiele angewendet: Der Agent hat den Zustand vor dem unrichtigen

---

[1]) Dernburg, Über das Rücktrittsrecht, S. 5.

Bericht, bzw. vor der Übernahme von Geschäften des Konkurrenzunternehmens, der Kommis den Zustand vor dem fahrlässigen Verkaufe herzustellen. Der Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Agenten, bzw. Kommis, aber bleibt unberührt. Inwiefern würde auch dem Kaufmann dadurch, daß er von dem Dienstvertrage mit dem Angestellten oder Agenten zurückträte, sein Schaden ersetzt! Das Ergebnis der §§ 626 B. G. B., 70, 92 II H. G. B. und 628 B. G. B. ist allerdings einem Rücktritt ähnlich, aber doch immerhin etwas Anderes[1]. Also auch der zweite Einwand Dernburgs gegen die Notwendigkeit der Analogie aus § 326 hat nur eine gewisse Berechtigung für das Gebiet der Dienstverträge. Für all die andern Verträge aber ist durch das Gesetz nicht gesorgt.

Gehen wir nun noch zu den Bemerkungen Kipps[2] über, die sich gegen Staubs Theorie wenden, so ist zunächst hervorzuheben, daß er die beiden Fälle der positiven Vertragsverletzungen (jemand tut, was er unterlassen soll — jemand erfüllt mangelhaft) streng voneinander trennt[3]. Den ersten Fall erledigt er kurz dadurch, daß er auf Verpflichtungen zum Unterlassen die Sätze des B. G. B. über Unmöglichkeit und Verzug für anwendbar erklärt. Was die Unmöglichkeit betrifft, so ist darüber oben unter B eingehend gehandelt und die Ansicht, daß positive Vertragsverletzungen eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht begründen, zurückgewiesen worden.

Wie steht es aber mit dem Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten? Die Ansicht, daß Verzug in diesen Fällen denkbar sei, hat einen wissenschaftlichen Vertreter in

[1]) Kipp, Das Reichsgericht, S. 255; Lehmann, S. 106, 107.
[2]) Das Reichsgericht, S. 253 ff.
[3]) Kipp, Das Reichsgericht, S. 253.

Stammler[1]) gefunden. Er sucht seine Ansicht an der Hand folgenden Beispieles darzulegen: Ein Schlossermeister verpflichtet sich einem Gelehrten, zu bestimmten Stunden sein Gewerbe nicht zu betreiben. Der Gelehrte zahlt die vereinbarte Summe. Da hört er eines Tages in den betreffenden Stunden doch wieder das Geräusch des Schlossergewerbes. Nun wäre nach Stammler der Schlosser zu mahnen, „vertragsmäßig zu unterlassen", unter Ansetzung einer Frist. Verlaufe diese erfolglos, so sei Rücktritt aus § 326 möglich. Stammler findet eine Begründung seiner Ansicht in § 339 S. 2. Aus dieser abweichenden Regelung gehe hervor, daß es bei Unterlassungen im Falle des Verzuges bei den allgemeinen Regeln bleiben müsse. Aber daraus, daß das Gesetz eine abweichende Bestimmung für Unterlassungen gibt, kann doch unmöglich der Schluß gezogen werden, daß in allen andern Beziehungen die für positive Leistungen gegebenen Bestimmungen anzuwenden sind[2]). Interessant ist es, daß Dernburg[3]) aus demselben Paragraphen gerade das Gegenteil folgert, daß nämlich bei Unterlassungsverbindlichkeiten Verzug nicht denkbar sei (sondern nur „Zuwiderhandlung", vgl. § 339 S. 2!). M. E. ist die Ansicht Stammlers nicht bloß durch den Hinweis auf § 339 S. 2 nicht genügend begründet, sondern überhaupt nicht zu halten. Verzug ist doch gleich schuldhafter Verzögerung der Leistung. Von einer Verzögerung der Leistung kann aber bei einer Pflicht zum Unterlassen keine Rede sein, sondern nur von einer Zuwiderhandlung[4]). Verzögern kann man ein Ereignis, ein Tun, aber nicht einen Zustand, ein Unterlassen. Der Verzug setzt vor-

[1]) S. 145.

[2]) Richard Treitel, S. 67, 68.

[3]) Das bürgerliche Recht, II. Bd., 1. Abt., S. 19.

[4]) Titze, S. 41.

aus, daß eine Leistung fällig wird und nun nicht bewirkt wird. Die Leistung aber, die in einem Unterlassen besteht, wird so lange bewirkt, wie der Unterlassungspflicht nicht zuwidergehandelt wird. Geschieht dies aber, so ist die Lage eine ganz andere als beim Verzuge; es wird nicht eine Leistung fällig, ohne bewirkt zu werden (die Leistung wird nicht verzögert), sondern die Leistung, die bisher bewirkt worden ist, wird nun nicht mehr bewirkt.

Es ergibt sich also bei dem Versuche, den § 284 auf Unterlassungen anzuwenden, daß seine Vorschriften auf diesen Fall nicht passen [1]. Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten ist undenkbar.

Auf die Erörterungen Kipps über die Anwendbarkeit des § 823 [2]) einzugehen, können wir unterlassen, da dieser Paragraph dem Geschädigten nur einen Schadensersatzanspruch gewährt.

Ehe wir nun zu der Besprechung der Frage übergehen, ob der entwickelte Rechtssatz auch auf den Kaufvertrag Anwendung finde, ist noch kurz zu erwähnen, daß auch die oben unter A. besprochene Theorie noch in zwei Fällen hervorragende Verteidiger gefunden hat. Der eine Fall ist der, welcher der Reichsgerichtsentscheidung vom 6. März 1903 zu grunde liegt [3]: Die Klägerin liefert an die Beklagte Kies zu dem Betonmauerwerke eines Tunnels. Die Menge des gelieferten Kieses soll

---

[1]) Dernburg, das bürgerliche Recht, II. Bd., S. 19, Endemann, I. Bd., 3. Teil, S. 749, Anm. 4, Fischer, S. 82, Lehmann, S. 73, Planck, II. Bd., § 284, Anm. 9, Rehbein, II. Bd., S. 118, Anm. 106, Schollmeyer, II. Bd., 1. Hälfte, § 284, Anm. 5, Schöller, S. 26, Titze, S. 41, Wendt, S. 69, Erich Paasche, S. 55 ff., Richard Treitel, S. 63 ff.

[2]) Kipp, Das Reichsgericht, S. 256, Paul Fiebach, S. 66, Anm. 55; dagegen Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 38, 39 Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht, II. Bd., 1. Abt., S. 138, und v. Liszt, S. 12, 13!

[3]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 54, S. 98 ff.

durch Ausmessung des Mauerwerkes festgestellt werden, und danach soll die Bezahlung erfolgen. Beklagte hat nun den ihr gelieferten Kies auch zu andern Zwecken benutzt. Das Reichsgericht erblickte darin mit Recht eine positive Vertragsverletzung der Beklagten und gab der Klägerin das Rücktrittsrecht aus dem analog angewandten § 326. Kipp[1]) wendet sich gegen die Begründung dieser Entscheidung. Er führt aus: Für die Beklagte habe nicht eine Unterlassungspflicht bezüglich anderweiter Verwendung des Kieses bestanden, wie das Reichsgericht ausführt, sondern die Verpflichtung der Beklagten sei eine positive gewesen, nämlich: auf die vereinbarte Weise zur Feststellung des Preises mitzuwirken. Die Erfüllung dieser Vertragspflicht habe sich die Beklagte unmöglich gemacht. Die Folge dieser zu vertretenden Unmöglichkeit sei das Rücktrittsrecht der Klägerin.

Der andere Fall ist der der Reichsgerichtsentscheidung vom 17. April 1903[2]). Hier ist es das Reichsgericht selbst, das wieder in die Unmöglichkeitstheorie verfällt. Die Klägerin hatte der Beklagten Kohlenbriketts geliefert und ihr den Alleinverkauf in B. übertragen. Dann hatte sie trotzdem Briketts an einen andern in B. verkauft. Durch diese positive Vertragsverletzung habe sie, sagt das Reichsgericht, sich die Erfüllung ihrer Vertragspflicht, die in der Lieferung an die Beklagte unter Enthaltung der Lieferung an andere bestanden habe, unmöglich gemacht. Die Beklagte sei also zum Rücktritt aus § 325 berechtigt gewesen.

Mit Recht führt Staub[3]) dagegen aus, daß man ungezwungen zwei Verpflichtungen der Klägerin annehmen

---

[1]) Das Reichsgericht, S. 254, Paul Fiebach, S. 68.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 54, S. 286 ff. Vgl. Lehmann, S. 93, 94, 95!

[3]) Die positiven Vertragsverletzungen, S. 45 ff., Lehmann S. 94.

müsse, 1. Lieferung an die Beklagte, 2. Nichtlieferung an andere. Nehmen wir an, sie erfüllte zunächst die erste Verpflichtung vollständig und verletzte dann die zweite. Dann paßt schon die vom Reichsgericht gegebene Formel nicht mehr, daß die Lieferung an die Beklagte unter Enthaltung der Lieferung an andere unmöglich geworden sei; denn es ist ja gar nichts mehr an die Beklagte zu liefern.

Im übrigen ist, was die beiden eben besprochenen Fälle anlangt, auf die ausführlichen Erörterungen unter A. zu verweisen, wo wir versucht haben, die Unhaltbarkeit der ganzen Unmöglichkeitstheorie nachzuweisen.

Wir kommen nun zum Schlusse noch zu der Frage, ob der von uns im Wege der Analogie aus § 326 gewonnene Rechtssatz auch auf den Kauf zutrifft.

Kein Zweifel mehr wird nach dem Gesagten für den Fall bestehen, daß eine andere Verpflichtung neben der Pflicht zur Lieferung verletzt ist.

Dagegen ist der Fall, daß die positive Vertragsverletzung in mangelhafter Leistung des Kaufgegenstandes besteht, noch besonders zum Angriffspunkte für die Gegner der hier vertretenen Theorie geworden und daher auch einer besonderen Besprechung zu unterziehen.

Die Gegner machen gegen eine analoge Anwendung von § 326 erstens geltend, daß die Paragraphen über die Gewährleistung beim Kauf eine ausschließliche Regelung der Folgen mangelhafter Erfüllung des Kaufvertrages enthielten[1]), und zweitens, daß die Gewährung des Rück=

[1]) Dernburg, Über das Rücktrittsrecht, S. 3; Kipp, Das Reichsgericht, S. 255 f.; Düringer und Hachenburg, III. Bd., 2. Lieferung, S. 140, Titze, S. 277, namentlich Anm. 45, Paul Fiebach, S. 94; dagegen Planck, II. Bd., § 459, Anm. 1a; Kisch, S. 191; Müller, Begründet ein Verschulden usw., S. 578, 579. Vgl Windscheid-Kipp, 1900, II. Bd., S. 655, und Crome, II. Bd. 1. Hälfte, S. 448, Anm. 33!

tritts aus dem analog angewandten § 326 nicht erforderlich sei.

Was den ersten Punkt betrifft, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß durch die ädilizischen Rechtsmittel nur die Folgen der mangelhaften Erfüllung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage geregelt werden. Beruht aber die mangelhafte Erfüllung auf schuldhafter Pflichtverletzung des Verkäufers, so sehen wir keinen Grund, warum nicht in diesem Falle, vorausgesetzt, daß durch die mangelhafte Erfüllung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird, dem Käufer weitergehende Rechte, nämlich die Rechte aus dem analog angewandten § 326, gegeben werden sollten[1]).

Aber, sagen zweitens die Gegner, es liegt gar kein Bedürfnis vor, diese weitergehenden Rechte zu gewähren[2]). Bietet der Verkäufer mangelhafte Ware an, so braucht der Käufer sie ja nicht anzunehmen. Der Verkäufer kommt dadurch, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Verzuges (Fälligkeit und Mahnung, eventuell nach § 284, Abs. 2, auch nur Fälligkeit) gegeben sind, ebenso in Verzug, wie wenn er garnicht zu leisten versucht hätte[3]). Das Rücktrittsrecht des Käufers ergibt sich dann aus der direkten Anwendung des § 326. Hat der Käufer die Ware allerdings angenommen, so ist er auf die ädilizischen Klagen beschränkt. Doch besteht hier kein Bedürfnis nach dem Rücktrittsrechte des § 326; der Käufer hat ja das Wande-

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 17. Vgl. dagegen Dernburg, Über das Rücktrittsrecht, S. 3, und Kipp, Das Reichsgericht, S. 255!

[2]) Dernburg, Über das Rücktrittsrecht, S. 4; Kipp, Das Reichsgericht, S. 256.

[3]) Dernburg, Über das Rücktrittsrecht, S. 4, Das bürgerliche Recht, II. Bd., 2. Abt., § 185; Kipp, Das Reichsgericht, S. 256; Düringer und Hachenberg, III. Bd., 1. Lieferung, S. 73, 74, 81 ff.

lungsrecht nach § 459. Handelt es sich aber um eine Gattungssache, so kann der Käufer statt der mangelhaften Sache Lieferung einer mangelfreien verlangen. Wird diese nicht sofort geliefert, oder erweist sich die gelieferte wieder als mangelhaft und wird von dem Käufer zurückgewiesen, so kommt der Verkäufer in Verzug. Dem Käufer steht also das Rücktrittsrecht aus § 326 zu.

Der Einwand Staubs, daß durch das zurückgewiesene Angebot mangelhafter Ware der Verkäufer nicht in Verzug kommt [1]), würde diese Ausführungen vollständig hinfällig machen, aber die Staubsche Ansicht ist m. E. nicht aufrechtzuerhalten. Auch Staub selber will die Richtigkeit seiner Behauptung in der hier zugrunde liegenden Abhandlung „dahingestellt sein lassen" [2]). Dagegen ist m. E. gegen die Ausführungen Dernburgs und Kipps zu sagen, daß die nach ihrer Ansicht dem Käufer allein zustehenden Rechte bei Verträgen, in denen der Verkäufer zu sukzessiver Lieferung verpflichtet ist, durchaus nicht zureichen. Gerade in diesen Fällen aber verlangt bei dem modernen Geschäftsverkehr die Gerechtigkeit, daß dem Käufer bei schuldhaft mangelhafter Lieferung auch nur eines Postens das Rücktrittsrecht zustehe. Deutlich geht dies aus den Beispielen hervor, die Staub uns vorführt [3]): Dem Gastwirt, dem die Brauerei fortgesetzt schlechtes Bier liefert, und der dadurch schwer geschädigt wird, ist mit dem Rechte auf Schadensersatz wegen jeder einzelnen Vertragsverletzung, mit dem Rechte auf Wandelung, das sich nach § 469 ebenfalls nur auf den mangelhaften Teil erstreckt, nicht gedient. Ihm wird es nicht immer sofort möglich sein, sich anderweit gutes Bier zu beschaffen, sein Geschäft

[1]) Staub, Kommentar, II. Bd., Exkurs zu § 374, Anm. 37; Crome, II. Bd., 1. Hälfte, S. 444, Anm. 4.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 48.

[3]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 24 ff.

geht zurück, ja, er ist vielleicht sogar zur zeitweisen Schließung seines Lokales gezwungen.

Der Kaufmann, der Waren zur sukzessiven Lieferung bestellt hat und nun einen Posten mangelhaft geliefert erhält, kann dadurch in die unangenehmste Lage kommen. Er hat vielleicht die Ware anderweit zu liefern. Solch mangelhafte Ware wagt er jedoch nicht, seinen Kunden anzubieten. Er kommt also in Verzug. Man tritt ihm gegenüber zurück oder verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung von ihm. Er dagegen hat gegen seinen Lieferanten kein derartiges Recht, da dieser ja, wenn auch mangelhaft, so doch immerhin liefert. Auch weitere Abschlüsse kann er nicht machen, weil er befürchten muß, daß auch die weiteren Posten ebenso mangelhaft ausfallen werden. Sein Geschäft wird dadurch aufs schwerste geschädigt. Er verliert Kunden und kann keine neuen sich erwerben.

Dernburg und Kipp sagen dazu: Der Gastwirt oder der Kaufmann braucht ja bloß eine mangelhafte Lieferung nicht anzunehmen. Dadurch kommt der Verkäufer in Verzug, und wegen Verzuges auch nur einer Lieferung hat der Käufer das Recht zum Rücktritt aus § 326[1]). Aber dieses Recht hat er ja erst nach erfolglosem Ablaufe einer „angemessenen Frist." Wie steht es nun, wenn der Verkäufer im letzten Augenblicke noch ordnungsmäßig liefert? Der Gastwirt, oder der Kaufmann, hat vielleicht schon großen Schaden gehabt; er kann aber nun von dem ihm lästigen Vertrage nicht los. Nun kommt der nächste Lieferungstermin. Wieder bietet der Verkäufer mangelhafte Ware an. Der Gastwirt (Kaufmann) weist sie zurück und setzt eine angemessene Frist zur Nachlieferung. Im letzten Augenblicke liefert

---

[1]) Anderer Ansicht Dreyer. Vgl. Düringer und Hachenburg, III. Bd., 1. Lieferung, S. 92!

der Verkäufer wieder ordnungsmäßig. Noch immer kann der Abnehmer nicht zurücktreten. Daß dieser Zustand unhaltbar ist, erkennt auch Kipp[1]. Aber, meint er, hier hilft in den meisten Fällen § 326 Abs. 2. Die Erfüllung des Vertrages hat für den Abnehmer kein Interesse mehr, er kann also ohne Fristsetzung zurücktreten. Das ist aber m. E. doch gewagt. Gewiß sind Fälle denkbar, in denen dem Abnehmer der Beweis gelingen könnte, daß für ihn die Erfüllung infolge des Verzugs bei einer Teilleistung kein Interesse hat; in den meisten Fällen aber wird die Sache doch so liegen, daß es ihm zwar sehr unangenehm ist, daß die Leistung wieder erst verspätet erfolgt; daß die Erfüllung des Vertrages aber deshalb für ihn ohne Interesse wäre, wird man kaum behaupten können. Überhaupt kommt es bei der Frage, ob die Erfüllung des Vertrages für den Abnehmer noch Interesse hat oder nicht, garnicht darauf an, daß bei früheren Lieferungen der Verkäufer schon dieselben Schwierigkeiten gemacht hat. Irreführend wirkt bei Kipp wohl die Ausdrucksweise „das nach § 326 Abs. 2 geforderte Interesse am sofortigen Rücktritt". Ein solches Interesse am sofortigen Rücktritt ohne Fristsetzung suchen wir ja gerade nachzuweisen, aber in § 326 Abs. 2 steht nichts davon. Dieser handelt nur von dem Interesse an der Erfüllung des Vertrages, dessen Nichtvorhandensein das Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung gibt, aber nicht von dem Interesse an diesem Rücktrittsrechte.

Außerdem sind aber zahlreiche Fälle denkbar, in denen der Käufer deshalb den Verkäufer nicht in Verzug setzt, weil er aus irgendwelchem Grunde die Ware annimmt. Ein solcher Grund kann z. B. darin liegen, daß die Feststellung, ob die Ware mangelhaft ist oder nicht, erst erfolgen kann, wenn die Ware im Besitze des Käufers

[1]) Das Reichsgericht, S. 256.

ist[1]). Ein anderer Grund kann der sein, daß der Verkäufer versichert, es sei ihm jetzt die fehlerfreie Herstellung der Ware gelungen[2]). Denken wir drittens noch an den Fall, wo die Ware in den Lagerräumen des Käufers abgeliefert wird, ohne diesem zu Gesicht zu kommen, und die Leute des Käufers trotz der ausdrücklichen Anweisung, eine neue Sendung der Firma X, die das vorigemal mangelhaft geliefert hat, nur anzunehmen, wenn die Sendung fehlerfrei ist, doch aus Unachtsamkeit oder einem andern Grunde die Waren der Firma X ebenso wie andere Waren abnehmen.

In allen diesen Fällen versagt die von Dernburg und Kipp vertretene Theorie. Zweifellos verlangt die Gerechtigkeit, daß auch hier dem Käufer ein Mittel gegeben werde, von dem Vertrage loszukommen[3]).

Also auch auf den Kaufvertrag trifft der von uns im Anschlusse an Staub aufgestellte Rechtsgrundsatz zu.

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 49.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 49.

[3]) Vgl. Lehmann, S. 108 ff.!

Schluß.

Das Resultat dieser Abhandlung ist also, daß nur auf dem von Staub vorgeschlagenen Wege ein befriedigendes Ergebnis zu erreichen ist[1]).

Daraus ergibt sich als Antwort auf die im Anfange gestellte Frage für alle positiven Vertragsverletzungen, die so erheblich sind, daß sie geeignet sind, die Erreichung des Vertragszwecks zu gefährden, eine uneingeschränkte Bejahung, während für die Fälle unbedeutenderer Verletzungen eines Vertrages durch positives Tun dem Gegner ein so weitgehendes Recht nicht eingeräumt werden kann, ein Ergebnis, das nicht bloß, wie wir bewiesen zu haben hoffen, mit dem Gesetze, sondern auch mit der Gerechtigkeit im Einklange steht.

Berichtigung:

Auf Seite 12 in der Anmerkung der letzten Zeile muß es statt S. 20 S. 13 heißen.

[1]) Vgl. Düringer und Hachenburg, III. Bd., 1. Lieferung, S. 72, 73, Landsberg, 1. Hälfte, S. 413, Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 54, S. 98 ff., Hachenburg, Der 54. Band, S. 137, Entscheidung des Reichsgerichts, II. Ziv. Sen., vom 23. Februar 1904, S. 345 ff., Winter, S. 204!

Lebenslauf.

Ich, Johann Georg Adam Bartsch, wurde am 2. Juni 1882 in Liegnitz geboren. Von Ostern 1892 bis Ostern 1901 besuchte ich das städtische evangelische Gymnasium zu Liegnitz, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ostern 1901 bezog ich die Universität München, um mich dem Studium der Rechte zu widmen. Weiter studierte ich in Berlin und Breslau. Während meiner Studienzeit hörte ich Vorlesungen der Herren Professoren und Privatdozenten Dr. Beyerle, Brentano, Brie, Brunner, Dahn, Engelmann, Fischer, Gierke, Götz, Gretener, Grueber, v. Heigel, Jacobi, Jörs, Klingmüller, Kohler, Kükenthal, Leonhard, Lesser, Mendel, Meyer, Moeli, Naendrup, Reinhold, Schiemann, Schmidt, Schmoller, Schollmeyer, v. Seeler, v. Seuffert, Sternfeld, Wagner und Wolf.

Am 7. November 1904 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und wurde bald darauf zum Referendar ernannt. Seit dem 21. November 1904 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Polkwitz beschäftigt.

Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 14. Juli 1905.